Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

wäre, ſo würde abermals das Hülfsrecht mit dem Zuruf hervortreten: „eben deshalb ſoll es für gleichviel geachtet werden, ob jemand verus tutor oder nur Protutor ſey, quia magni errores intercedere solent, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit. [25]).

Obige Rechtsprincipien hatte das Richteramt von ſelbſt auf die in den Acten verliegende factiſchen Verhältniſſe anzuwenden, wurden ſie auch dort nur leiſe und unvollkommen, oder gar nicht berührt [26]).

Unerwogen bleibt übrigens hier die ſchuldige Rückhaft der zur Beſtätigung des Vormundes pflichtigen und dieſelbe unterlaſſenden Behörde. Es ſollte nur kurz gezeigt werden:

daß die Kinder des Cajus zu obiger Beweisführung nicht verbunden, vielmehr auch ohne dieſe mit ihrer Forderung dem Marcellus vorzuziehen ſind.

Denn wenigſtens das Alter [27]) beſtimmt hier den Vorrang.

XXVIII.

Kann der Richter Einreden, insbeſondere die Einrede der Verjährung, von Amtswegen ſuppliren?

Von dem

Hofrath und Profeſſor v. Krüll zu Landshut.

Die überreichte Klagſchrift ſoll der Richter vorzüglich von dem Geſichtspunkt aus prüfen: ob die Klage gegen den gewähl-

---

25) L. 1. pr. in f. D. 27. 5.

26) L. un. Cod. 2. 11. M. Handb. zu Martins Lehrbuch des I. g. h. Proceſſes. Thl. I. Abhandl. III. S. 67 f.

27) Thibaut, a. a. O. §. 660. ibi leg. Note O. Ein Vorzugsprivilegium läßt ſich nur inſoferne geſetzlich nachweiſen, Meißner, a. a. O. §. 120, als der Vormund mit dem Geld des Pflegebefohlnen eine Sache erkaufte. L. 7. pr. Dig. 20. 4. L. 3. pr. 27. 9.

ten Beklagten und ſo, wie ſie angeſtellt worden, ſtatt finde; d. h. ob, wenn man die in der Klagſchrift vorgetragene Thatſachen als wahr vorausſetzt, dasjenige Recht von dem Geſetz gebilliget wird, welches der Kläger mittelſt der richterlichen Gewährung des Klaggeſuchs anerkannt und realiſirt wiſſen will? Darf ſich die Reflexion des Richters jene Frage bejahend beantworten, ſo fertiget er dem Beklagten jenen Anruf zur Antwort zu, wären auch Einreden gegen die Klage denkbar, ja wahrſcheinlich. Der Beklagte vertheidigt ſich, mehr oder weniger vollkommen, berührt wohl die ihm zuſtehenden Vertheidigungsgründe nur leiſe, oder nur zum Theile, oder confus, während der Richter nun noch mehr fühlt, daß dem Angegriffenen bedeutende Vertheidigungsmittel zu Gebote ſtehen.

In dieſer Proceßlage entſtehet die Streitfrage: ob es dem Richter erlaubt ſey, die aus der Klagſchrift ſelbſt hervorleuchtende Vertheidigungsgründe, oder Einreden, ſo weit ſie von dem Beklagten entweder gar nicht, oder nicht formgerecht, vorgetragen ſind, zu ergänzen? ſo wie ſchon vorher, ehe der Richter dem Beklagten die Klagſchrift mittheilt, in ihm die Frage ſich regen kann: ob er befugt ſey, in Hinſicht auf aus der Klage ſelbſt hervorleuchtende Einreden die Klage ſofort zu verwerfen, ohne den Beklagten vorerſt zu hören? Insbeſondere tritt die Streitfrage hervor: ob das Richteramt die Einrede der Verjährung ohne Mittheilung der Klage, oder auch nachher, ſuppliren dürfe?

Als nicht beſtreitbar iſt hierbei vorauszuſchicken, daß der Richter alle weſentliche Fehler der Klage, welche unheilbare Nullität zur Folge haben, als Proceßleiter berückſichtigen, folglich die Einreden, welche der Beklagte dorther ableiten kann, gar nicht erwarten, ſondern die Klage ex officio zurückwerfen muß, damit kein vergeblicher Rechtsſtreit von ihm eingeleitet werde[1]). Dorthin gehört auch offenbare, ſelbſt durch

1) Vergl. überhaupt v. Gönner, in dem Handb. des d. gem. Proceſſes, B. 1. Abhandl. X. Genßler in dem Handbuch zu

Prorogation nicht zu beseitigen, Incompetenz des angerufenen Gerichts [2]), Dunkelheit und Unschlüssigkeit der Klage [3]), das Absein der Thatsachen, mit welchen der Parteien Legitimation zur Sache, activ und passiv, bedingt ist [4]), weniger nicht, wann die Gesetze ausdrücklich geboten haben, es solle aus dem in der Klage erzählten Facto ein Klagrecht gar nicht entspringen, wäre es an sich auch vollkommen wahr, so daß das Factum als unklagbar gestempelt und dem Richter vom Gesetz untersagt ist, die Klage anzuhören und den Beklagten zur Vertheidigung aufzufordern [5]).

Wo aber ein solches Merkmal der Untauglichkeit und Rechtswidrigkeit sich nicht findet, wo nur solche Einreden hervorleuchten, deren Nichtvorschützen eine Verurtheilung des Beklagten rechtsmäglich lassen würde, da fragt es sich: muß der Richter stumm bleiben, oder darf er sie als vorgeschützt ansehen?

Die Regel ist: „er darf sie ex officio nicht suppliren;“ allein von dieser Regel soll unter andern die Einrede der Extinctivverjährung, d. h. das Klagrecht sey durch Verjährung erloschen, eine Ausnahme machen.

Besonders behauptet dieses Claproth [6]) in Bezug auf die Const. 8. de except. (VIII. 36). Diese Gesetzstelle

---

Martins Lehrbuch des teutschen gem. Processes, B. 1. S. 65 f.

2) Const. 1. seq. si a non comp. jud. (VII. 48).

3) Gensler, in dem Beitrag zur Gesetzgebung, S. 53 und Note 28. auch in dem Handb. S. 66.

4) Derselbe in dem Handb. B. 1. Abh. 5. S. 111 und 141.

5) Z. B. Const. 3. de aleatoribus 3. 43. Treffend spricht Quinctlian, in inst. orat. VII. 48. si lex obstat nulla lis est, inane judicium est.

6) In der Einleitung in den bürgerlichen ordentl. Proceß, §. 134.

ſagt: "praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur objicere quandoque licet; und hieraus folgert jener Rechtsgelehrte, ſo ſonderbar als grundlos, daß, wenn der Beklagte die Einrede der Verjährung einzuwenden unterlaſſen hätte, der Richter, bevor er das Urtheil fällt, von Amtswegen darauf Rückſicht nehmen dürfe und müße. Es beziehet ſich aber jenes Geſetzt offenbar nur auf den Beklagten und keineswegs auf den Richter. Die Worte: „objicere quandoque licet" zeigen dieſes deutlich. Nur der Beklagte wendet Einreden ein, (objicit) — von dem Richter müßte man supplere ſagen. Jene Conſtitution gibt, im vollen Einklang mit andern Geſetzen [7], nur zu erkennen, in dem Römiſchen Proceß ſey dem Beklagten erlaubt, zerſtöhrende Einreden nach vollendeter Litiscontestation nachzubringen, geſchähe es nur vor dem Ausſpruch des Enderkenntniſſes in der Sache [8]. Ueber dieſes ſpricht die angeführte Conſtitution gar nicht einmal von Verjährung. Die Worte: „praescriptionem peremtoriam" ſind mit „exceptionem peremtoriam" gleichbedeutend [9], wie es ſich nicht nur aus der Aufſchrift des Tit. Dig. et Cod. „de exceptionibus, seu prae-

7) L. 4. de except. (VIII. 36) C. 2. sent. resc. non posse. (VII. 50).

8) Dabei kann man von dem Römiſchen und canoniſchrechtlichen Proceß auf den teutſchrechtlichen nicht einmal ſchließen. Hier iſt das, dort noch unbekannte, alles auf Einmal ein herrſchendes Grundprincip, Reichsabſch. v. 1654. §. 37, ſo daß es ſich noch fragt: ob es ſogenannte privilegirte Einreden geben kann? v. Gönner a. a. O. B. 2. Abh XXXIII. abgeſehen von dem noviter repertis und noviter emergentibus.

8) Fr. 10. 11. 23. de except. (44. 1) C. 11. 12. 13 de except. (VIII. 36).

scriptionibus, " ſondern auch aus der den Römern eigenen Art, die Einreden vorzubringen, deutlich ergibt. Die Benennung „praescriptio, " wodurch Claproth zu ſeiner Behauptung geführt worden zu ſeyn ſcheint, rührt nach Quinctilian Inst. orat. VII. 6. daher, daß der Prätor den vor ihn gebrachten Rechtsſtreit ſelten ſelbſt entſchiede, ſondern den Kläger, indem er ihm eine Klageformel (actio) ertheilte, an den judex pedaneus verwieſe. Wollte ſich nun der Beklagte durch eine Einrede ſchützen, ſo kam es darauf an ob die actio bonae fidei oder stricti juris war. Im erſten Falle konnte er die Einrede vor dem Juder gerade zu anbringen; im zweiten Fall aber mußte er zuerſt vor dem Prätor mit ſeiner Einrede auftreten. Dieſer ſchrieb dann ſo, wie er dem Kläger eine Klageformel ertheilte, auch dem Beklagten eine Exceptionsformul vor, und ſo erthielten die exceptiones die Benennung „praescriptiones" [10]. Die fragliche Geſetzſtelle beweiſet demnach für die Einrede der Verjährung insbeſondere gar nichts; ſie hebt keinesweges das allgemeine Princip auf, „daß der Richter nur nach den factiſchen Merkmalen, welche in den Acten wirklich liegen, und ihm von den Parteien zur rechten Zeit gegeben ſind, ſeine Beſchlüſſe einrichten darf [11]. Man ſieht auch gar keinen Grund ein, wie die Geſetze dazu kommen ſollten, den Richter in Anſehung der Verjährung, die doch nur einen privatrechtlichen Vortheil geben ſoll, als Advocaten des über das objectum litis frei disponirenden Beklagten zu beſtellen. Nur Geſetze ſoll er ſuppliren [12]; die Verjährung aber iſt ein Factum, und kann durch replicirte Facta, z. B. Interuption, elidirt wer-

10) Heinecc. syntagm. antiquit. rom. IV. t. 13. lit. b.

11) Fr. 25. §. 8. de aedil. edict. (XXI. i). Fr. 18. com. divid. 10. 3.

12) Const. un. ut quae desunt advocatis part. judex suppleat. Gensler a. a. O. S. 97.

den[13]). Ob dieſe der Kläger nicht entgegnen würde, ſchützte der Beklagte die Einrede wirklich vor, weiß ja der Richter nicht; und ſo kann die exceptio praescript. nicht einmal den liquiden Einreden beigezählt werden. Mit dem bloſen Zeitablaufiſtes noch nicht gethan. Und wenn auch andere Geſetze[14]) verordnen, wer ſeine Klage binnen einer beſtimmten Zeit gerichtlich nicht verfolge, ſolle ſie verloren haben, "ſo iſt doch kein ipso jure hinzuzudenken, ſondern das ope exceptionis. Verjährung iſt als ein blos bürgerliches Inſtitut enge zu erklären[15]), und darum bleibt auch nach dem Ablauf ihrer Zeit die natürliche Verbindlichkeit ſtehen[16]). Ueber dieſen Theil des Privatrechtsgebietes hat der Richter nicht zu disponiren[17]); dieſer darf, ohne klare geſetzliche Erlaubniß, die ihm angewieſene Functionen, als Richter über die von den Parteien ihm hingegebenen Streitpunkte zu entſcheiden, mit der Function eines Atvocaten des in Anſpruch genommenen Subjects keineswegs vertauſchen, während er nicht weiß, ob wohl auch der Beklagte, und unter welchen Umſtänden, dieſer jene Einrede würde eingewandt haben. Nicht immer will man, was man darf[18]). Die Rechte der

---

13) v. Gönner, a. a. O. Abh. X. §. 13. S. 225.

14) Const. 3. de praescript. 30 vel 40. ann. VII. 39. Const. §. 1. de annali except. VII. 40.

15) Thibaut, Pand §. 1019.

16) Weber in der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 92. u. in den Beiträgen zu der Lehre von Klagen und Einreden, St. I. S. 10 und 56.

17) Genßler a. a. O. S. 63. f.

18) Const. 21. mand. IV. 35. So wie niemand zur Klage genöthiget werden ſoll, Const un. ut nemo invitus III. 7. Const. 20. de pign. VIII. 14, ſo iſt auch niemanden in Civilſachen eine Vertheidigung aufzudringen, Grollmann, in der Theorie des V. in d. Rechtsſtr. §. 78.

ſtreitenden Theile ſind veräußerlich, und von ihrer Willkühr hängt es ab, ob und in wiefern ſie die ihnen geſetzlich zuſtehenden Einreden vorſchützen wollen, oder nicht. Es läßt ſich alſo durchaus nicht billigen, wenn ein Richter ohne alle Mittheilung der Klage, oder auch nachdem der Beklagte ſie beantwortete, die nicht vorgeſchützte Einrede der Verjährung, oder irgend eine andere zerſtörliche Einrede, ex officio aufgreift und deshalb eine Klage zurückweiſet, ſo aber das Urtheil auf etwas baut, worüber beide Theile noch gar nicht gehört wurden.

Auch der um die Cultur der gemeinen Proceßtheorie ſo ſehr verdiente v. Gönner [19]) ſtellt den Satz: „daß der Richter keine Einrede von Amtswegen ſuppliren dürfe,“ als gemeine Regel auf; fügt jedoch hinzu: „ſofern unter Einrede jedes des Beklagten Vertheidigung bezweckende Vorbringen verſtanden werde, und die Frage entſtehe: in wieweit der Richter in dieſer Hinſicht befugt ſey, dieſelbe zu ergänzen? müſſe man den Unterſchied machen, ob a) die von dem Beklagten angeführten Thatſachen, welche er, ohne daraus eine Einrede abzuleiten, in dem Exceptionsſatze, oder in ſeiner Duplik vorbrachte, oder die ſonſt aus den Acten erhellen, ſo beſchaffen wäre, daß durch ſie das Klagerecht ſelbſt auch ohne Einrede (ipso jure) für erloſchen zu achten ſey, oder ob b) durch dieſe Umſtände nur unter Vorausſetzung einer daraus abgeleiteten, wirklich gebrauchten, Einrede (ope exceptionis) die Klage zerſtöhrt werden könne. Im erſten Falle ſoll der Richter auf jene Thatſachen Rückſicht nehmen dürfen; denn es habe, ihre Wahrheit vorausgeſetzt, niemal ein Klagerecht exiſtirt; es mangele alſo an einer weſentlichen Bedingung eines Rechtsſtreits, da ohne Recht keine Rechtsverfolgung denkbar ſey; der Richter ergänze hier keine Einrede, ſondern übe nur das Amt

9) Handbuch des deutſchen gem. Proc. Thl. I. S. 254.

der Reflexion aus. Im zweiten Falle hingegen könne er eine ſolche Einrede nicht ergänzen.“

Unverkennbar iſt nun zwar der Unterſchied beider Fälle an ſich betrachtet, allein v. Gönner thut für den zweiten Fall zu wenig, und beſchränkt die Befugniß des Richters zu weit. Es iſt nämlich in dieſem zweiten Fall ſo wenig, als in dem erſten, eine eigentliche Ergänzung einer Einrede nothwendig, indem ja in beiden Fällen vorausgeſetzt wird, daß der Beklagte diejenigen Thatumſtänden zu ſeiner Vertheidigung wirklich vorgebracht hat, welche im erſten Falle ihre Wahrheit vorausgeſetzt, das Klagerecht auch ohne Einrede, d. h. wegen Ermangelung einer zur Entſtehung des Klagerechtes, zum Klagegrunde, weſentlich nothwendigen Bedingung, nicht ſowohl aufheben, als ausſchließen, im zweitem Falle aber jene Aeußerungen die Einrede ſelbſt, obſchon nicht nach ihrem kunſtmäßigen Namen ausgeſprochen und geformelt, doch ihrem Inhalte und Zwecke nach unzweideutig ankündigen und dem Richter eröffnen, „der Beklagte wolle ſich dieſes Vertheidigungsmittels bedienen.“ Dies leidet um ſo weniger Zweifel, wann der Beklagte auf den Inbegriff ſeines Vortrags das Geſuch gründet: „ſeinen Gegner zurückzuweiſen“ — „ihn von der Klage loszuſprechen.“ Ja im Zweifel müßte dieſe Abſicht des Vortragenden angenommen werden [20]). Wenn alſo z. B. dem Käufer auf die angeſtellte Kaufsklage entgegengeſetzt wird, „daß er den Preis noch nicht bezahlt habe, der Beklagte alſo aus dieſer Urſache nicht für pflichtig ſey, die verlangte Waare herauszugeben“ [21]), ſo bedarf es hier eben ſo wenig der Ergänzung einer in der Praxis benannten Einrede [22]), als in dem Falle, wo der Beklagte auf eine Dar-

---

20) Fr. 66. de judic. V. 1 fr. 172. §. 1. mit fr. 41. pr. 50. 17

21) Fr. 11. §. 2. fr. §. 8. de act. emt. XIX. 1).

22 Except. non adimpleti contractus.

lehnsklage ſich vernehmen läßt, „daß der Kläger ihm eine beſtimmte Summe ſchuldig geworden wäre [23]) und er deshalb um Losſprechung von der Klage bitte.“ Es iſt genug, wenn der Beklagte den factiſchen Grund ſeiner Einrede angiebt, eines Kunſtnamens braucht ſie noch weniger, als die Klage [24]).

Ja, ſiehet man auf den erſten Fall zurück, ſo könte man noch weiter gehen, als Gönner, und behaupten, manche jener Einrede müße der Richter rein ex officio hinzufügen — blos durch ſeine Reflexion — inſoferne nämlich eine Thatſache in der Klage fehlt, ohne deren Daſeyn nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit des Beklagten entſtanden iſt. Hat z. B. der aus einem Bilateralcontract klagende Kläger nicht miterzählt, „er habe den Contract erfüllt, oder ſey bereit dazu,“ ſo muß ſich der Richter die exc. non adimpleti contractus hinzu denken und darf die Klage, vor und nach ihrer Mittheilung, von Amts wegen verwerfen. Doch iſt dabei nicht außer Acht zu laſſen, daß die ſogenanten Einreden jener Art, genau betrachtet, einen abſolut weſentlichen Beſtandtheil des Proceſſes betreffen, mithin Gegenſtand der richterlichen Proceßleitung ſind, und, inſofern ſie der Beklagte wirklich vorſchützt, in Hinſicht auf die Hauptſache ein bloſes Verneinen des factiſchen Klaggrundes [25]). Eben ſo iſt es keine wahre Einrede, wann das Geſetz die Klage gar nicht giebt, oder verbietet, wäre auch das Factum deutlich und vollſtändig erzählt. Hier darf, wie ſchon oben erwähnt [26]), der Richter als Urtheiler gar nicht thätig werden, ſeine die Klage zulaſſenden Thätigkeit wäre auch eine Nullität.

---

23) Except. compensationis.

24) Weber, in den angez. Beitr. S. 1 u. 3. Abh. 10.

25) Vergl. Danz, in den Grundſ. des ordentl. Proc. §. 155. mit v. Gönner a. a. O. Abh. XXXIV. §. 1. u. Genſler, in dem Handb. Abh. V. S. 141 f.

26) M. ſ. Note 5.

Unter dieſen Vorausſetzungen kann wohl von einer ſuppletoriſchen Gewalt des Richters in Rückſicht auf wahre Einreden die Rede gar nicht ſeyn; ſondern davon: ob er ſein Amt der Reflexion auf alle von den Parteien gegenſeitig vorgebrachten Thatumſtände ausdehnen müſſe, oder nicht. Und darüber waltet wohl kein Zweifel vor, indem es der Hauptſache nach nicht darauf ankommen kann, wie (unter welcher Form) die Parteien etwas, ſondern vielmehr, daß ſie erhebliche Thatumſtände zur Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts dem Richteramte wirklich und in der Maße vorgebracht haben, daß die Wahrheit oder Nichtwahrheit derſelben ein Motiv ſeiner Entſcheidung werden darf.

Die vorſtehend berührte Rechtsfrage kam neuerlich in folgendem Falle zur Erwägung. Die B. bringt ihrem Ehemann T. einen Brautſchatz von 3000 fl. in die Ehe. T. verfällt in den Gläubigerconcurs, und die B. rettet ihr Dotalgut aus der Concursmaſſe. Da T. ohne Vermögen iſt, ſo ſucht er jene 3000 fl. in ſeine Hände zu bekommen, er baut mit ſolchen ein Haus, verkauft es ſpäter an S., ſchenkt letzterm den Kaufpreis und ſtirbt, ohne ein Eigenthum zurückzulaſſen. Nach Verlauf von fünf Jahren ſpricht B. das Haus des S. als ihr Eigenthum an, weil ſolches von ihrem Brautſchatze erbaut worden ſey. Das Gericht weiſet ſie mit dieſer Klage als unſtatthaft ab. Hierauf tritt ſie mit der hypothekariſchen Klage auf, und das Untergericht verwirft, aus dem Grunde des vorausgehenden rechtskräftigen Urtheils[27]), das Appellationsgericht aber aus dem Grunde der Verjährung, auch dieſe Klage ſofort, ohne den Beklagten gehört zu haben. Das Oberappellationsgericht hingegen ſprach auf Mittheilung der Klage,

27) Schon deshalb unrichtig, weil die Eigenthumsklage und die Pfandrechtsklage zwei ganz verſchiedene ſpecielle Klaggründe haben und alſo eine res judicata im Verhältniß beider zu einander geſetzlich undenkbar iſt. Fr. 12. 13. 14., de except. rei judic. XLIV. 2.

weil die Einrede der Verjährung nicht von der Art ſey, daß ſie von Amtswegen ſupplirt, und auf ſolche ohne Mittheilung der Klage und Inſtruction des erſten Verfahrens des Klägers Zurückweiſung gegründet werden könne.

XXIX.

Ueber die Einrede der Verjährung und ihre Beachtung von Amtswegen *).

Von

Regierungsrath Lotz zu Coburg.

Unſere geachtetſten Proceßlehrer ſtellen bei der Lehre vom Vorbringen der Einreden gewöhnlich den Grundſatz auf: der Beklagte muß alle wahre Einreden gehörig vorſchützen, diejenigen ausgenommen, welche den Rechtsbeſtand des Proceſſes betreffen, oder von Verjährung des Klagerechts aus actenmäßigen Thatſachen hergeleitet werden [1]). Durch dieſen Grundſatz wird der

*) Dieſe mit der vorigen nr. XXVIII. gleichzeitig eingelaufene, den nämlichen Gegenſtand beleuchtende, Abhandlung enthält manche, die vorige gleichſam ergänzende, beachtungswerthe Blicke.

Die Redact.

1) M. vergl. Martin Lehrb. des teutſchen gemeinen bürgerlichen Proceſſes, 5te Aufl (1811) §. 92. S. 132 u. die dort angeführten Rechtslehrer. Wernher S. O. F. T. 1. P. 1. obs. 294. geht ſo weit, daß er meint, ſelbſt dann, wenn der Beklagte eine verjährte Schuld anerkannt habe, müſſe ihn der Richter von der Klage loszählen,